

188 Hay otros actos judiciales, por los cuales no se prorroga tacitamente la jurisdicción del Juez, sin que inter venga la litis contestación, y son: el primero por pedir el reo copia, ó entrega del libelo, ó término para el despacho de los autos, y responder lo que convenga á su derecho, y defensa, porque esto es para deliberar lo que debe practicar, y tener tiempo para ello. (1) El segundo por dar las fianzas de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, porque en éstas se entiende puesta la condición de que no tenga causa para declinar, ó recusarlo, pues si la tuviere, ha de poder hacerlo. (2) El tercero por hacer la confesion ante Juez incompetente; porque es visto que no la hace espontaneamente, ni por sujetarse á él, sino solo por redimir la vexacion del apremio; (3) pero para evitar toda duda conviene que lo exponga así en la propia confesion, pues el Juez, y Escribano deben admitirlo, y es lo que se practica en esta Corte. El quarto por la contumacia: lo qual se entiende, á menos que el Juez incompetente se pronuncie en vista de ella por competente, pues entonces aunque el reo no sea subdito suyo, como por su contumacia se inhabilita de poder apelar, y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla. (4) El quinto en las causas criminales, pues por la oposicion de la excepcion no se prorroga, porque cede en perjuicio del Juez competente. (5) El sexto en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser expresa. (6) El septimo en caso de omnimoda incompetencia, que es quando el que se titula Juez, ninguna jurisdicción tiene: en cuyo caso puede el reo oponer la declinatoria en qualquiera parte del juicio, por que

(1) Ley Non videtur 33. ff. de Re judicat. ley 1. ff. de Edendo, y Authent. Offeratur, Cod. de Litis contestation.

(2) Bart. in leg. Si convenerit, cit. & in leg. Vir bonus 18. n. 4. ff. de Judicatum solvi. Carleval, tit. 1. disp. 2. n. 297.

(3) Socin. consil. 168. col. fin. vol. 3. Avendañ. respons. 40. n. 6. vera. Secus vero: Farinac. in Prax.

quest. 7. n. 4. vers. Sublimitato: Maranta part. 4. distinct. 12. n. 13.

(4) Carleval disp. cit. n. 1000. al. 1002. Marant. ibi n. 16.

(5) Bal. in leg. Si quæx consensu, col. 2. al fin. Cod. de Episcop. audient. Socin. consil. dicho al fin. Jason in leg. Si convenerit, col. 8. circa finem.

(6) Marant. ubi supr. n. 15.

que en nadie reside potestad para hacerse Juez por solo el tacito, ó expreso consentimiento de las partes; (1) y el que ningun principio tiene de jurisdicción, no puede tener prerrogacion de ella, porque lo que no hay, ó no tiene ser *in rerum natura*, no puede ampliarse. (2) Lo propio milita quando la jurisdicción es limitada á cierta especie de personas, ó causas, pues no puede prorrogarse á otras de diversa especie. (3) El octavo si interviene error, ó ignorancia continuada de hecho, ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento; impide que se haga, y entienda hecha la prorrogacion. (4) Lo qual procede quando el Juez es del todo incompetente por derecho; mas no, quando es competente, y solo por la excepcion se constituye incompetente, pues entonces aunque haya error, vale la prorrogacion. (5) Y el nono en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al Juez competente, y no há lugar la prorrogacion de consentimiento de las partes del incompetente. (6)

189 Aunque el Juez prorrogado puede conocer, y sentenciar; mas no poner en execucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente. (7) El legista que apetezca mayor instruccion, vea á Pedro Barbosa en la ley 1. ff. de Judic. y sus cinco articulos: á Maranta, y Carleval en los lugares citados, y los textos, y Autores que referen en, para ilustrar al Escribano principiante, basta lo expuesto.

190 Propuesta la declinatoria en los terminos insinuados,

(1) Ley Privatorum consensus, Cod. de Jurisdicción. omnium judic. cap. Si diligenti, de Foro compet.

(2) Glosa in Clementina unica, verb. Non obstante, de Sequest. r. p. p. & fruct. Paz tom. 1. Prax. part. 1. temp. 5. num. 22.

(3) Ley 2. al princip. y ley 65. §. Latrunculator, ff. de Judic. Jason en la Si per errorem 15. column. 17.

(4) Ley Si per errorem cit. & ibi Bart. & DD. y ley 15. tit. 22. Bart. penult.

tid. 3. Sr. Greg. Lop. en ella glossa 2. (5) Bart. in Rep. leg. Ex quocumque, col. 4. ff. Si quis in jus vocatus, ff. de Judic. Jason in leg. Si per errorem cit. col. 4.

(6) Marant. part. 4. distinct. 12. num. 22. Alex. in leg. 2. ff. de Jura in Addition. ad Bart. de Jurisdict. Episcop. audient. Jason in leg. Si per errorem, in not. 4. Alex. in leg. Cuna quædam 19. ff. de Jurisdic. in not.

(7) Ley Episcopale, Cod. de Jurisdic. ann. judic. Marant. Episcop. audient. Jason in leg. Si per errorem, in not. 4. Alex. in leg. Cuna quædam 19. ff. de Jurisdic. in not.

dos, se impide el ingreso, y progreso del juicio, de tal suerte que el Juez no puede proceder *ad ulteriora*, interin no se declare expresamente por competente, ò incompetente, y se consienta, ò executorie el auto; y si procede sin esta expresa declaración, (pues no basta la tacita) es nulo el proceso. Si se opone la *de litis pendencia*, *legitimacion de persona*, ò otra que impida el progreso del pleito, de modo que recayendo declaración sobre ella, no puede expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa, ò tacitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria que si se admite, se anula todo lo actuado hasta allí, debe difinirse tambien al instante, y no reservarse para el final del juicio, à efecto de que éste no quede ilusorio, ni el reo experimente vexacion con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna perjudicial, que de reservarse para definitiva, contiene gravamen irreparable por ésta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte el *Sr. Salg. de Reg. part. 2. cap. 18. n. 68.* al fin. Pero sobre las demás excepciones no es necesaria declaración expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica, es recibir el pleito à prueba sobre lo principal, sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia virtualmente ésta. Sobre lo qual vease al *Sr. Greg. Lop.* en las glosas primeras de las leyes 11. tit. 3. y 5. tit. 10. Part. 3. y à *Carlew. de Judio. tit. 2. disp. 5. num. 8. y 9.*

191. Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta de contestar la demanda à su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion, y no de otra suerte, y el Juez desprecia el artículo expresa, ò tacitamente, ya no puede pretender término para contestarla, por ser pasado; y así puede el Juez recibir el pleito à prueba sobre lo principal, porque se há por contestada, y por concluso para prueba; bien que no por eso está privado de articular, y probar todas las excepciones peremptorias que conciernan à enervar, y extinguir la accion del demandante, no obstante que no las haya exp primido en el libelo, expresandolas despues. Pero si hace la protesta, y pide declaración expresa, no debe el Juez recibirlo à prueba despreciando el artícu-

lo,

lo, sino antes bien mandarle que conteste dentro del término legal, y de lo contrario se puede apelar; y es lo que he visto observar.

192. Las excepciones que conciernen à la persona del actor, son las de *legitimacion*, no sola para pedir, sino para comparecer en juicio, v. g. el menor que comparece sin intervencion de su curador: el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo: el Procurador sin poder, ò aunque con él, pero diminuto, obscuro, y sin facultad específica, quando el negocio la requiere: el sustituto suyo, careciendo de facultad para nombrarlo: el excomulgado vitando: el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ò carecen de ella, ò tienen prohibicion legal de comparecer en juicio: pues ya sea en el civil, ò criminal, ordinario, ò ejecutivo, extraordinario, è impropio, plenario, ò sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrepito, ni figura de él, debe legitimar el actor su persona. (1)

193. Pero se dificulta ¿si debe legitimarla al principio del pleito antes que el reo conteste, ò basta hacerlo en el término de prueba, ò antes de la sentencia? Esta dificultad propone *Carlew. de Judio. tit. 2. disp. 4.* y conciliando con sutil, y maduro examen la discordia de los muchos Autores que cita, distingue dos casos, el primero, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. g. el heredero, y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia: y la razon es, porque éstos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran à los meritos del proceso para obtener en juicio; y esto se amplía al cesionario quando litiga como tal en su propio nombre, exerciendo las acciones utiles que el cedente le transfirió por la cesion; mas no quando comparece en nombre, y como mandatario de éste, exerciendo las directas que como dueño le competen.

Lo

(1) Leyes 9. y 24. Cod. de Procurator. y leyes 9. 20. y 21. Cod. de

lis qui accusare non poss. et capit. 1. de Accusation.

194 Lo qual limita lo primero, quando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entonces ha de manifestarlo antes de la litis contestacion, pidiendolo el reo, para que éste delibere en su vista si ha de contender, ò ceder; à menos que jure no poder exhibirlo, por no existir en su poder. Lo segundo, en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la execucion. Y lo tercero, si por la ley se requiere alguna qualidad para que sea admitido al juicio; pues en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley apetece; excepto que el reo no la excepcion, en cuyo caso bien se puede proseguir el juicio sin este requisito.

195 Y el segundo caso es, quando el actor demanda en nombre, y como Procurador de otro; en cuyo caso aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion; y de no hacerlo, le obstará la excepcion: *tua non interest*, y podrá el Juez repelerle de oficio, por carecer de accion, porque es iniquidad permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interés, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, à mas de que sería iludirse del Juez; y por eso nuestro Derecho Real (1) manda que no se defiera à la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ello; è impone pena à los Escribanos, y Relatores del Consejo, y Audiencias; à aquellos si pasan à éstos los autos antes que los poderes estén firmados por bastantes por los Abogados de las partes; y à éstos si hacen relacion del pleito, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces doctos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho, se traiga. Y si se opondre en nombre del reo sin su poder, dicen: Presentando esta parte poder competente; se le entreguen los autos que pide, por el termino ordinario.*

196 Se estiman, y admiten tambien por excepciones

(1) Ley 5. tit. 17. lib. 2. y leyes 2. y 3. tit. 2. lib. 4. Recop.

dilatatorias concernientes à la persona, y se han de decidir previamente las fianzas, ò seguridades que se piden, y deben dar en el juicio, (1) y son las de *judicio sisti*, y de *judicatum solvi*, que expliqué en el cap. 4. de mi primera parte §. 5. num. 14. la de *non offendendo*, que es quando alguno se queja de que otro le cominó, pues puede implorar el oficio del Juez, y justificando copulativamente no solo la amenaza, sino que el que la amenazó, suele poner en execucion las que hace, (pues no basta la justificacion de una cosa sola) debe el Juez compeler à éste à que afianze, y asegure que no hará daño al querreloso, sus bienes, ni familia por sí, ni por medio de otro: de la qual tratan *Bart.* en la ley *Illicitas*, §. *Ne potentiores*, ff. de *Offic. Præsid.* y *Felin.* in *Rub. de Tregua*, & *pæce*: la de *rato*, que debe dar el que comparece à nombre de otro sin su poder, ò sin el bastante, ò como conjunto en los casos que el Derecho prescribe, de que su parte habrá por firme, y no reclamará lo que se practique en el pleito; de la qual toqué lo correspondiente en el capítulo 11. de mi primera parte, y tratan las leyes 1. y *Maritus* 21. *Cod. de Procuratorib.* la ley *Non solum* 39. §. 1. la *Pomponius* 40. §§. 2. y 3. ff. *ead. tit.* y todo el tit. ff. *Rem ratam haberi*: la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas, y daños que con motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion, sea condeñado, y éste absuelto; de que tratan la *Authentica Generaliter autem judex*, *Cod. de Episcop. & Cleric.* y el cap. *Ad excludendas* 2. in *Authent. de Litigiosis*, *collat.* 8. tit. 11. novel. 110. La de *indemnidat*, de que traté en dicho cap. 4. num. 141. y 142: ò quando el reo preso en carcel estrecha, pretende se le alivie, y remueva à otra suave, ò que por carcel se le dén Villa, y arrabales, y dá fianza, ò caucion, y seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el Juez se le permita: la convencional en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes, de la qual hablan los títulos,

(1) Marant. Specul. aur. part. 6. similiter quando petitur satisfactio judicialis. Nono memb. judic. num. 4. vers. Et

F. & Cod. de Judic. la de mutacion de condicion, de que trata la ley *in Omnibus* 41. ff. de *Judic. v. g.* quando el deudor que está obligado à pagar cierta suma à plazo determinado, vá empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, dá fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Príncipe, ò su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera, ò moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acreedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha, de la que habla la ley *Universa* 4. *Cod. de Precib. Imperatori offerendis*; y segun el Auto 79. tit. 4. lib. 2. Recop. no debe concederla el Consejo; sin dar traslado à aquellos, ver su respuesta, y que luego dé à su satisfacion fianza de pagar; cumplido el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman *Muciana*, y explicó en el cap. 1. de mi primera parte, §. 3. num. 54: ò quando el testador legó cierta cosa, ò cantidad à día fijo, ò con condicion; y su heredero afianza de que verificada ésta, ò cumplido aquel, entregará al legatario su legado: la de *damno infecto*; que es para asegurar, y resarcir el daño que no ha sucedido, pero puede suceder, de la qual trata las 48. leyes ff. de este título: la de *Usufructo* que expliqué latamente en el referido cap. 1. §. 28. num. 284. y sig. y en el cap. 7. lib. 1. de esta segunda parte; y de ella trata el tit. *Usufructuarius quem admodum caveat*: la que se dá en las denuncias de obra nueva, de que asimismo traté en dicho cap. 4. §. 9. y de ella habla el tit. ff. de *Oper. nov. nuntiat*: la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la *Quarta falcidia*, de que habla todo el tit. ff. *Si cui plus quam per leg. falcid. licuerit legatum esse dicetur*: las de las leyes de Toledo, Madrid, y demás que también expliqué en el prenotado cap. 4. §. 5; y otras de que hacen mencion el tit. ff. de *Prætor. stipulat.* varias leyes del Derecho Civil, y Real, y el práctico *Maranta part. 6. tit. de Satisfatione* 3. *Membr. judicii*, en donde el aplicado jurista las podrá hallar como que debe saberlas para quando le ocurra el caso de defender, y juzgar: todas las quales tienen su tendencia directa à la persona litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador; y de lo contra-

trario no valdrán, porque como obligaciones accesorias, y subsidiarias no pueden tener subsistencia sin las principales, ni verificarse, ò surtir su efecto sino à falta de éstas, por ser fianzas puras, y simples.

197 Y las que miran à la causa, ò son *litis pendencia* sobre lo mismo ante diversos Jueces, ò ante uno, y distintos Escribanos, la *subrepcion* del rescripto, por haber sido obtenido con relacion siniestra; *estat el libelo inepto, ò obscuro*; *el pacto temporal de no pedir*; *carecer el actor de accion para litigar*; *pedir antes que espire el plazo*, ò se cumpla la condicion; y otras semejantes, (1) las quales debe poner el reo antes de la contestacion, à menos que hayan sobrevenido despues por algun acto de demandante en que el reo no haya intervenido; ò que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, las puede oponer, y de no hacerlo, es visto que las renuncia.

198 De estas excepciones se exceptúa la *acumulacion* que produce la *litis pendencia*, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum adversus omisum terminum opponendi*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vexacion en diversos Tribunales sobre una misma cosa. (2) Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las quales trata *Felin. in cap. Exception. col. 9. vers. Fallit octavo: de Except. y Alex. in leg. Ita demum, Cod. de Procurator.* las que omito referir, por no molestar mas al Escribano.

199 La *litis pendencia* es motivo de que se pida, y haga acumulacion de autos, y procesos. En ella se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continenencia de la causa, ni se les irroque detrimento, ni sob-

(1) Ley 9. tit. 3. Partid. 4. Ceval. de Cognition. per viam violent. part. 2. quest. 111. Cirac. controvers. 187. Sr. Valenzuel. cons. 133. y 173. Jul. Capon. discept. 135. tom. 3.

(2) Carlew. tit. 2. disput. 2. n. 5. Tom. III.

al 12. Sr. Molina. de Primogen. libro 3. cap. 13. n. 61. Gutier. lib. 1. Pract. quest. 52. n. 4. Fontanel. de Pract. claus. 2. glos. 8. n. 51. y decia. 10. n. 5. y 6. Marant. parte 6. de Excepcion. n. 9. y 10.

bre un mismo asunto aparezcan dos sentencias tal vez contrarias, que la dada en un juicio, pueda servir de excepción en el otro; y menos principal, ó accesoriamente los Jueces, y Escribanos por su privativa utilidad pecuniaria, y regalía de jurisdicción.

200 Para que se verifique haber *litis pendencia*, es menester que el Juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado, è instruido plenamente de la demanda en tiempo, y forma; ó que si no lo es, dependa de él, por no dexarse citar, ó usar de medios que impidan llegue a su noticia, pues no le deben sufragar su dolo, y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente. (1) Advirtiendo que pendiente el pleyto no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ó donacion *propter nuptias*, ó de transacion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, como expuse en el cap. 7. de mi primera parte, num. 7. ó en los juicios universales en que el Juez permite, porque así lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos debitos suyos, y alimentos de su familia; (2) y fuera de estos casos se ha de revocar, y bolver la cosa enagenada á su antiguo estado, y si no puede ser, subrogarse otra en su lugar; y así el reo cripto, ó privilegio que pendiente el pleito se obtiene sin menciónario, no perjudica á la parte adversa, por ser subrepticio; bien que por la *litis pendencia* no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos, y uso de su comodidad, antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle, se le irrogaba injustamente grave daño, quitandosele sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño, y poseedor. De todo lo qual, y

(1) Clementin. 2. Ut lite pendente, & ibi Innoc. §. fin. & glos. verb. Competenti; ley Si ideo, ff. de Evictioni cap. Sedes 15. y Ex tenore 16. ff. de Re judicat. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 1. num. 5. al 9.

(2) Ley 13. tit. 7. Partid. 3. y ley final, Cod. de Rebus litigiosis, & Authent. de Litigiosis, colat. 8. glos. in cap. 3. Ut lite pendente. Reinfestuel ibi, num. 19.

y de otras cosas concernientes tratan con mas extension Carleval de Judic. tit. 1. disp. 2. sect. 3. quest. 7. & præcipue ex num. 875. hasta el fin; Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §§. 1. y 2. y los que citan, pues por ser materia difusa, y no incumbir necesariamente al Escribano su pericia, omito dilatarme en su explicacion.

201 Supuesto lo referido, debo sentar como inquestionable, que la *cumulacion*, ó *acumulacion*, ó union de autos, y procesos (no hablo de la de acciones, que es muy diversa, y la dejo explicada en el §. 2. de este capitulo desde el num. 67. al 96.) se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes: la primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*: pues de ventilarse ante dos Jueces, y en diferentes procesos, se determinaria en distintos tiempos; y la sentencia dada por uno, obstaría, y podria oponerse como excepcion ante el otro. (1)

202 La segunda por *litis pendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio, ó quasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga, ó posesion de ella, bien que se hará litigiosa ésta,) y así no debe continuar el Juez segundo, estando incoada la causa ante el que previno el conocimiento. (2) Lo mismo procede quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir, y hacer que se unan, y cumulen todas las causas que contra él penden ante otros; ya se hayan movido antes, ó despues de formado; è instaurar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescripto para oponer las excepciones dilatorias, (3) porque

(1) Leyes Julianus 3. Singulis 7. §. Et generaliter 4. y Et an eadem 14. ff. de Exception. rei judicat. y ley Fundum 16. y Fundi 18. ff. de Exception. cap. 1. de Litis contestation. y cap. 2. de Exception. in 6.

(2) Authent. de Litigiosis, colat. 8. Authent. Litigiosa res, Cod. de

Litigiosis. Clementin. 2. Ut lite pendente, y ley Ubi acceptum 30. ff. de Judic. Reinfestuel lib. 2. tit. 16. §. 2. n. 23. al 27. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 9. n. 8. Carlev. tit. 1. disp. 1. n. 2. (3) Sr. Salg. part. 1. Labir. cap. 4. §. 3.

como juicio universal avoca, y atrae à sí todos los particulares, segun en él diré.

203 Y la tercera, para que no se divida la *continencia* de la causa; (1) pues siempre que se verifica conexion, similitud, y relacion entre los litigantes, ò entre la cosa, ò accion, ò entre todos juntamente, y se opone esta excepcion, se deben acumular unos autos à otros, porque viene à ser una causa comprehensiva de otras varias que tienen identica continencia: lo qual puede suceder, y verificarse en seis casos: el primero, quando concurren las tres identidades de *persona* (aunque sea *representative*) *juicio*, y *cosa*, ò alhaja; quiero decir, quando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. El segundo, quando la accion es diversa; pero la cosa, y litigantes son los propios. El tercero, quando la cosa es distinta; pero la accion, y litigantes los mismos. El quarto, quando la identidad de la accion proviene de una causa, y fuente contra muchos, aunque la persona, y cosa sean diferentes, v. g. la accion de tutela, por la qual se procede contra muchos tutores; ò quando los acreedores litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad, y obligacion à favor de todos, ò por la cosa en que son partícipes, ò cada uno por su credito particular, y privativo. El quinto, quando la accion, y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados*, ò *mistos*, por ser actores, y reos todos los litigantes; y son el de *Finitum regundorum*, que es sobre deslinde, y amojonamiento de tierras, y terminos, aunque en ellas haya edificios, ò arboles: *Familie eriscunda*, que es sobre division de herencia: *Communi dividendo*, que es sobre particion de la cosa que pertenece à muchos, (de lo qual tratan los titulos 1. 2. y 3. ff. lib. 10. y los 39. lib. 1. y 36. y 37. lib. 3. Cod.) el de *Tenuta*, y otros semejantes, que no pueden dividirse comodamente sin despén, y vexacion de las partes; y así se han de tratar an-

(1) Ley Nulli 10. Cod. de Judio. y ley Cognitió 8. §. Si plures 1. ff. de Liberali caus. cap. 1. de Caus.

possession. & propriet. cap. 1. de Sequesrat. posses & fruct. y cap. 5. de Litis contestation. in 6.

ante un Juez, para que viéndo à un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar à cada uno el que le toca. Y el sexto, quando los juicios son, y se reputan como un genero, y especie, pues no deben dividirse. (1)

204 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos, ò procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El primero, quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el Juez, como que no es interesado, ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. El segundo, quando actor, y reo son omnimoda, y absolutamente de diverso fuero, v. g. uno del eclesiastico, y otro del secular. El tercero, quando el reo demandado ante el primer Juez es contumáz, pues por su contumacia pierde la excepcion, y beneficio que le competia, excepto que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su Justicia, que entonzes lo recuperará con este acto. El quarto, quando el Juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleito, ò intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. g. si dos reos, uno Clerigo, y otro leigo son cómplices en un delito, ò el negocio toca à entrambos, pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos: lo qual vi decidido en el Consejo en pleito que seguí. El quinto, en las execuciones, pues el executante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exaccion de su debito, porque los remedios que se dirigen à un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita, ni excluye al otro. El sexto, quando los procesos están en diversas instancias; v. g. uno en primera, y otro en segunda, ò tercera. Y el septimo, por razon del contrato jurado, pues por el juramento adquiere jurisdiccion el Juez Eclesiastico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero à fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como queda sentado en el num. 37. mas no seguir por ambos à un tiempo sobre la misma cosa. (2)

Pi.

(1) Carlew. de Judio. tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3. 4. y 11. Sr. Salf. Labir. part. 1. cap. 4. §. 1. 2. y 3.

Parlad. lib. 2. y cap. 6. dichos. n. 1. al 3.

(2) Carlew. Ubi sup. proximo num. 7. y num. 13. al 19.

205 Pidiendose acumulacion de autos civiles, ò criminales pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores, ò injuriados, ha de hacerse al del Juez que de la causa debe conocer, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno: Y si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió à entender en ella, ya fuese à pedimento de parte, ò de oficio. Y lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada, ò eviccion, quando ante el Escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. (1) Previeniendo que con el auto en que se manda al Escribano que vaya à hacer relacion, y con el de señalamiento de día para hacerla, se ha de citar à las partes, y el que se dé, declarando haber, ò no lugar à ella, notificarselas, para que las conste, y usen de su derecho, y estenderlo el que llamó al otro, y no éste, pues allí se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido se principió.

206 Y si los autos penden ante dos Jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. g. el uno togado, y el otro no, ò si ambos los son, es Consejero el uno, y el otro Alcalde, ò Oidor de Audiencia, ò Chancillería; ò el uno con el honor solo de la toga, y el otro con destino en Tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas digno, que el Escribano del otro juzgado vaya à hacer relacion citadas las partes (aun quando à los del menos graduado se deban cumular) y que se acumulen estos à aquellos, ò al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae à sí lo menos digno, y el Escribano del Juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse à ir ante el otro à dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado por el Rey, ò por Tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, en quanto à la

1 Parlador. lib. 2. Rer. cap. 9. cap. 4. §. 1. num. 37. Carlew. loco cit. num. 6. al 8. Sr. Saig part. 1. Labir. num. penult. y ult.

la qual es mas que el Juez particular graduado: todo lo qual he visto practicar siempre en esta Corte, y es conforme à razon.

207 Declarando haber lugar à la acumulacion, debe el Escribano à quien se quitan los autos, entregarlos integros, y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, incluso los de hacer relacion; pero quando no há lugar à ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde, y como las convenga, no está obligado à su entrega, ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha à la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite, (1) y que à este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos à la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente à verlos corregir, y concertar. Y se previene lo primero, que en el auto en que se declare haber, ò no lugar à la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que penden en su oficio; y si unos, y otros penden ante un Escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud, y à continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner; todo lo qual he visto practicar siempre sin disputa. Y lo segundo, que mientras está pendiente la cumulacion, y hasta que se consienta, ò executorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso *ad ulteriora* hasta que se declare.

208 Excepciones *mere peremptorias* se llaman las que perimen, y extinguen la intencion, y derecho del actor, v. g. las de *non numerata pecunia*: *prescripcion*: *solucion*: *juramento de no pedir la deuda en juicio*; *pacto perpetuo de no pedir*: *simulacion de contrato*: *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase*: *miedo grave que le impulsó à constituir la obligacion*: y otras semejantes, las quales

(1) Ley 1. tit. 27. lib. 4. Recop. §. 8. verb. Juicio, n. 11. Parlador. vers. *Item de qualquiera proceso que dicho cap. 9. n. 4. y 5. se remitiese.* Cur. Philipp. part. 1.

les deben oponerse despues de la contestacion, y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal, absolviendo, o condenando al reo segun los meritos del proceso. (1) El que quiera saber de quantas maneras se comete el dolo, y quando daña, ò no al singular sucesor, vea el cap. 2. de este libro, §. 4. num. 248.

209 Se titulan *mixtas*, ò *anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias, y peremptorias: v. g. *la cosa juzgada: transaccion: pleito acabado: paga, finiquito, prescripcion:* y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle, ò no tenerla ya, aunque la hubiese tenido. (2) Pueden oponerse antes, ò despues de la litis contestacion; y à veces no solo antes de ésta en fuerza de dilatorias, ò como mas haya lugar, y puedan contribuir à la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues, en caso que el artículo se desprece, y mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes, sirven para impedir el ingreso, y progreso del juicio; de modo que en caso de estimarse, lo perimen, y se acaba. Y si despues, para elidir, y enervar la accion del demandante, que es el primario, y unico fin, y objeto à que se dirigen.

210 Y oponiendose antes, si el reo ofrece probarlas incontinenti, que es en el termino legal, y las prueba, deben definirse. Lo qual se entiende, à menos que requieran mas escrupuloso examen, è indagacion, por ser intrincadas en el hecho, (que el estimarlas, ò no por tales es arbitrario en el Juez, por no haber texto terminante que especifique quáles son,) y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva. Y lo mismo se ha de practicar quando se oponen despues de la contestacion como peremptorias. (3) Pe-

(1) Carlev. tit. 2. disp. 5. num. 3. y 6. Paz tom. y part. 1. temp. 7. n. 1. Marant. part. 6. membr. 9. Judicii, num. 11.

(2) Cap. 1. de Litis contestat. in 6. & ibi glos. verb. Finita. Carlev.

ibi, num. 4. y 7.

(3) Bart. in leg. 4. §. Condemnatum 6. & ibi Alex. ff. de Re judicat. Marant. part. 6. tit. de Exception. num. 14 al 16.

211 Pero si la duda, y dificultad es de derecho, y no sobre el hecho, deben determinarse incontinenti; lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere orden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez: y lo otro, porque para el pleito que consiste en mero derecho, no conceden termino las leyes, por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el Juez debe practicar, y si solo para el de hecho, de que se duda, à fin de que se pueda probar, y aclarar. Y lo propio debe executarse con las excepciones dilatorias, que tienen su tendencia à los meritos de la causa. (1)

212 Tambien se deben expedir, ò definir antes de proceder *ad ulteriora* las que miran al proceso, y llaman *emergentes*, ò *incidentes*, v. g. si se ha de conceder, ò no mas termino: recibir, ò no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes. (2)

213 Las excepciones llamadas *prejudiciales* se comprenden entre las dilatorias, y en su genero, y clase, y son de dos: unas *absolutamente*, y de *per se prejudiciales*, y otras *respective*. Las primeras son las que se objetan, y proponen sobre causa muy grave, y de gran perjuicio, v. g. sobre el estado de libertad, servidumbre, è ingenuidad de alguno: si es, ò no hijo de quien se dice: si el parto es, ò no verdadero, y otras semejantes, las cuales son prejudiciales de *per se*, por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *prejudiciales*, quando el hijo dice que no está baxo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia à su padre, ò el vasallo à su señor, ò el Monge à su Abad: y éstos por la *accion prejudicial* deben ser compelidos à obedecer à sus respectivos superiores: de cuyas acciones hablan el §. *Prejudiciales*, *Institut. de Action.* su glosa, y otros textos.

214 Y las prejudiciales *respective* son las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo qual sucede de diversos modos: El primero, quando se intentan dos, una principal, y otra accesoria, pues aque-

lla

(1) Dicho cap. 1. de Litis contestat. Carlev. disp. 5. dichá u. 4. y 12. al 17. y 22. al 26. (2) Carlev. ibi, num. 18.

lla perjudica à ésta, porque se trata primero de ella. El segundo, por razon de su contrariedad, v. g. quando se instaure una, y luego otra contraria, pues no se admite ésta por el perjuicio que causa à la otra. El tercero, por la de mayoría, y preeminencia, v. g. quando se intentan dos civiles, una particular, y otra universal, pues aquella cede à ésta, porque el juicio universal como mayor prefiere al particular: ò quando la una es civil, y la otra criminal, y ésta absorbe en sí à aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal, por ser de mayor autoridad, perjudica el curso de la otra. El quarto por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion, ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. El quinto, quando alguno intenta la accion *familie eriscundæ*, diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica à la accion intentada. El sexto, quando intenta la de *communi dividundo*, y se le niega ser comun la cosa, cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño, ò participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que obtenga en juicio, pasar à dividirse. El septimo, quando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ò contra el fiador simple, porque si se le opondrá la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y ésta perjudica à la accion. El octavo, quando se opondrá al actor la excepcion de excomunion mayor, de la qual se debe conocer antes que del principal negocio. Y el noveno, quando no tiene accion, ò no legitima su persona, ò se excepciona contra la del Juez por incompetencia, ò sospecha; de suerte, que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ò por via de excepcion, de la qual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *prejudicial*, porque detiene, y perjudica su curso, y conocimiento. (1)

215 Aunque por el Derecho de las Partidas (2) se orde-

(1) Marant part. 4. distinc. 20. per tot.

(2) Ley 9. tit. 3. Partid. 3. verb. Otros decimos.

dena, que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige à diferir el pleito con las excepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle termino para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, proceder *ad ulteriora*: pero por derecho posterior se prescribe el en que debe ponerlas; por lo que existiendo el demandado dentro de la jurisdiccion, ò territorio del Juez, de cuya orden se le emplazó, le concede nueve dias continuos, y peremptorios (contados segun la inconcusa práctica de los Tribunales, desde el de la citacion, ò emplazamiento exclusive) para oponer, y justificar las excepciones dilatorias; (1) y pasados, no se deben admitir en *calidad de tales*, ni por via de restitucion del privilegiado à quien compete, à menos que de su inadmission se le irroque grave detrimento, ò que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces, precedida su inspeccion por el Juez, puede admitirlas. (2) Pero si existe fuera de la jurisdiccion, se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del ultimo, y peremptorio termino, que el Juez con consideracion prudente à la distancia le asignó para comparecer. (3)

216 Y para alegar, y oponer las *peremptorias*, y *prejudiciales* de qualquier calidad que sean, le prefiere otros veinte dias, los cuales (por ser otros, segun se explica la ley) empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar, y probar las dilatorias, y con- testar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, y que hasta entonces no llegaron à su noticia; en cuyo caso, no probandolas en el termino que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar à

(1) Ley 1. tit. 5. lib. 4. Recop.

(2) Gutierrez lib. 1. Practicar. quest. 52. num. 34. y quest. 53. num. 1. Sr. Salgado part. 3. Labor. cap. 4. num. 57. Sr. Greg. Lop. en la ley 9. tit. 3. Partid. 3. glos. 5. verb.

Non debe ser oido. Ciriac. contro- vers. 383.

(3) Dicha Ley 1. tit. 5. lib. 1. Con- tados del fin del termino de la causa de emplazamiento.

la definitiva; y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno. (1)

217 En la instancia en que se opusieron alguna, ò algunas excepciones dentro del competente termino, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba à prueba sobre ella; excepto que el que la opond, pueda justificarla por escritura pública, ò confesion de la parte adversa: (2) ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto, quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella, à causa de ignorarla; y asi se practica.

218 No milita lo expuesto en el número inmediato para con los que gozan del beneficio de la *restitution in integrum*, porque estos la tienen para poner, y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez, y no mas, con tal que sea antes de la conclusion para definitiva; pues en otros terminos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen à pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas. (3) Y se previene que el Juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la acción *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; pero si consiste en hecho, la es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla. (4)

(1) Ley cit. cap. 4. de Excepcion. cap. 11. de Re judicat. Sr. Covar. Pract. cap. 26. n. 2. Parex. de Edition. tit. 4. Resolut. univ. n. 49.
(2) Ley 5. cerca del fin tit. 5. lib. 4. Recop. Vela dissert. 47. n. 26. Sr. Salgad. de Reg. protect. part. 2. cap. 18.
(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 4. Re-

cop. y ley final. Cod. Si sepius in integrum restituito. Hermsill. en la 36. tit. 5. Partid. 5. glos. 12.
(4) Parlador. lib. 2. Rer. cap. 10. n. 8. al 10 Vela dissert. 49. num. 104. Parex. de Edition. tit. 1. resolut. 1. §. 3. n. 2. y tit. 2. resolut. 7. n. 61. Jul. Capon. tom. 3. discept. 205. n. 2. Fontancl. decis. 193.

§. V.

DE LA CONTESTACION DE LA demanda, y sus efectos; cómo, y dentro de qué término debe hacerse.

219 **L**A contestacion en los juicios es respuesta asertiva, ò negativa que dá el reo à la demanda del actor. (1) Es el fundamento, basa, y piedra angular del juicio, y tan substancial, y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el proceso, y juicio. (2) Y puede hacerse *expresa*, ò *tacitamente*: expresamente, quando el reo comparece en él por sí, ò por su Procurador con poder bastante, y responde à la demanda, confesandola, ò negandola: y *tacitamente*, quando por su contumacia, ò rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley. (3)

220 Muchos efectos produce segun derecho la litis contestacion. El primero es, que una vez hecha, no puede el demandante arrepentirse, de dejar de proseguir el juicio hasta la sentencia, ni mudar su acción contra la voluntad del demandado; ni al contrario éste contra la de aquel, porque ya hay juicio, está trabada la litis, y pasa à casi contrato, que se celebra entre los litigantes segun tres célebres textos; (4) lo qual antes de hacerla es permitido, y se practica. El segundo es cerrar la puerta, è impedir que se opongan la declinatoria de fuero, y demás excepciones dilatorias, y quedar sujeto el reo al Juez, y obligado al ac-

(1) Ley 1. tit. 10. Partid. 3. y ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop. Carlev. tit. 2. disp. 4. num. 3. al 5.

(2) Glos. in cap. Quoniam, de Probat. verb. Responiones, & in cap. De causis, de Offic. delegat. Sr. Greg. en la ley fin. tit. 10. Partid. 3. glos. 4.

(3) Dicha ley 1. tit. 4. lib. 4. Recop.

(4) Ley Licet prætor 3. §. Item scribit, ff. de Peculio, & ibi glos. verb. *Judicio contrahi* Auth. Qui semel, Cod. Quomodo & quando iudex, y cap. Causam, que 3. de Dolo, & Contumacia.